

Polypragmasie : les conséquences d'une pratique médicale jugée trop coûteuse

Cet exposé s'inscrit dans le cadre d'une présentation orale effectuée à l'Université de Neuchâtel, sous la responsabilité du Prof. Olivier Guillod, dans le cours de droit médical du master en droit de la santé et des biotechnologies. Le thème traite de la **polypragmasie** au regard d'un arrêt du Tribunal fédéral non traduit (ATF 130 V 377). Nous nous bornerons à une étude sommaire de la problématique afin de mieux cerner les enjeux puis à un résumé de l'arrêt du Tribunal fédéral. Enfin, dans une dernière section, nous terminerons en apportant un regard critique sur la question.

I. Définition

La base légale est l'art. 56 LAMal¹ qui découle du principe d'économicité des coûts de l'art. 32 al.1 LAMal.

Premièrement, il s'agit de définir ce qu'est la polypragmasie. En allemand, le terme polypragmasie (« Überarztung ») est plus clair qu'en français. En effet, par une traduction littérale, l'on peut comprendre cela comme un « surtraitement », c'est-à-dire toute pratique thérapeutique excessive ou qui va trop loin. L'on peut alors définir la polypragmasie comme « une pratique régulière du fournisseur de soins qui ne respecte pas l'injonction figurant à l'art. 56 LAMal, à savoir de se limiter à ce qui est nécessité par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement. »² Selon un arrêt du TFA « il y a "polypragmasie" ("Überarztung") lorsqu'un nombre considérable de notes d'honoraires remises par un médecin à une caisse-maladie sont en moyenne sensiblement plus élevées que celles d'autres médecins pratiquant dans une région et avec une clientèle semblables, alors qu'aucune circonstance particulière ne justifie la différence de coût. »³ Cette définition découle de la méthode de calcul dite statistique dont nous parlerons dans le chapitre suivant.

II. Méthodes de calcul

Il existe 3 méthodes de calcul afin de déterminer si un fournisseur de prestations (en général un médecin en cabinet privé) pratique de façon non économique :

1. Méthode analytique

Elle consiste en un examen concret de toutes les rubriques d'un nombre variable d'honoraires en vue de constater si les mesures diagnostiques et thérapeutiques entreprises sont justifiées, non répétées au delà du nécessaire ou si le choix d'une mesure plus chère est adaptée aux circonstances⁴.

Cette méthode se veut donc individualisée mais non comparative. Elle reflète chaque cas médical, mais est longue et coûte relativement cher ce qui peut décourager certaines caisses maladies à faire usage de l'art. 56 LAMal. Cette méthode est utilisée de préférence par les médecins.

2. Méthode statistique

Il s'agit d'établir une comparaison selon les statistiques des frais moyens de traitement d'un prestataire de soins suspect de polypragmasie (en général un médecin) avec ses confrères qui exercent dans des conditions analogues. Ces statistiques sont établies par santésuisse et depuis peu selon des *pool tarifaires* adaptés au système TARMED. Ainsi on peut dire que cette méthode est comparative par rapport à un groupe de médecins pratiquant dans le même domaine, dans des conditions analogues. Elle est utilisée en priorité par les tribunaux.

¹ RS 832.10

² Guy Longchamp, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, thèse, Berne 2004, p. 315.

³ ATF 119 V 455

⁴ Pour un exemple sur l'utilisation de la méthode analytique voir l'arrêt **K.130/06**, du 16 juillet 2007.

Récemment la Cour des assurances du Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence concernant le recours à la méthode statistique (ou méthode de comparaison des coûts moyens) lors de l'examen de l'économicité du traitement médical, en ce sens que « **c'est l'indice de l'ensemble des coûts qui est en principe déterminant, les domaines des frais médicaux et des frais de médicaments ne devant plus être examinés séparément.** »⁵

Il ne faut dès lors prendre en compte que ce qui dépasse la moyenne des coûts, mais il s'agit de faire une moyenne globale des coûts comprenant donc aussi ceux qui seraient en dessous du seuil d'économicité. Cela permet donc d'établir plus justement une moyenne en tenant compte des prescriptions médicales plus économiques que d'autres. Un médecin « qui s'est montré économe dans ses traitements en cabinet, mais généreux dans les analyses médicales ordonnées, bénéficie de la compensation entre coûts directs et coûts induits. »⁶

3. Combinaison des deux méthodes

La troisième possibilité offerte au tribunal est d'effectuer une combinaison des deux méthodes précédentes. Cela est rarement appliqué.

Brièvement, il semble important de mentionner que depuis 2004, santésuisse a développé un nouveau système selon une analyse de variance nommé « ANOVA ». Un auteur s'est prononcé sur la portée de cet outil qui permet « d'indiquer quel aurait été le coût moyen par patient d'un médecin si la structure d'âge et de sexe de sa clientèle avait été la même que celle de ses collègues du groupe de référence. »⁷ Cet outil n'a pour l'instant pas été avalisé par le Tribunal fédéral étant donné le manque de transparence de santésuisse qui n'a pour l'instant pas donné d'informations détaillées pour procéder à de tels ajustements.

Il est désormais possible d'utiliser cette méthode afin de comparer des généralistes pratiquant dans différents cantons. Néanmoins, ce même auteur relève à juste titre qu'il existe un problème de différence d'indice entre la méthode standard et ANOVA qui conduirait un médecin à devoir plus ou moins payer selon la méthode employée.⁸ A l'heure actuelle, le manque d'information sur cette méthode d'indice ne permet pas d'y porter un regard scientifique éclairé. Les tribunaux ne peuvent pour l'instant pas se prononcer sur cette question.

III. Conséquences de l'art. 56 LAMal

Selon l'art. 56 al.2 LAMal, un fournisseur de prestation peut être tenu de restituer les sommes perçues à tort. Cela implique donc un remboursement de tous les coûts *indûs* que ce fournisseur a générés par sa pratique jugée non économique. Nous verrons plus loin quelles en sont les conséquences pratiques ainsi que les désavantages. De plus, il est aussi possible, de faire usage de l'art. 59 al. 1 LAMal qui prévoit des sanctions à l'égard du fournisseur de prestations qui ne respecte pas son devoir d'économicité. L'art. 59 al. 3 LAMal énonce les situations dans lesquelles il existe un manquement aux exigences légales ou contractuelles de la part du médecin. Ces sanctions peuvent aller jusqu'au retrait du droit de pratiquer. Il est bien clair que l'on ne saurait user de ces sanctions sans respecter le principe de proportionnalité étant donné le caractère grave auquel elles peuvent aboutir.

IV. Eléments de procédure

Sans entrer dans les détails, il convient d'apporter quelques précisions sur la procédure en polypragmasie :

- Une lettre est d'abord envoyée au médecin pour qu'il justifie ses coûts jugés excessifs. Celui-ci dispose alors d'un délai d'un an pour modifier ses coûts et les faire baisser jusqu'à un « taux acceptable » compris entre 20-30% ; marge prescrite par le TF.

⁵ ATF 133 V 37 (= 9 octobre 2006)

⁶ Junod Valérie, polypragmasie analyse d'une procédure controversée, in *cahiers genevois et romands de sécurité sociale* N°40-2008, pp. 145; ATF 133 V 37 = K6/06 consid. 5.3

⁷ Id. p. 151

⁸ Id. p. 158

- Passé ce délai, les caisses font en général une action collective. Cette procédure peut débuter par une tentative de conciliation, moins utilisée aujourd'hui⁹. Si la conciliation échoue, un procès devant le tribunal arbitral cantonal des assurances est entamé. Ce tribunal est composé de façon paritaire.
- Il est possible d'attaquer la décision rendue par un recours en matière de droit public afin saisir de le TF en seconde instance. Le jugement aboutira alors à une décision pouvant contraindre le médecin à rembourser les montants générés par sa pratique polypragmatique.

V. Résumé de l'arrêt 130 V 377

Faits : un médecin généraliste fait l'objet d'un contrôle et obtient un score de 152 points en 1998, de 162 points en 1999 et de 149 points pour les médicaments durant les deux années. Il est d'abord convoqué devant la Commission d'arbitrage sur demande des différentes caisses maladie. Il est condamné à rembourser un montant d'environ 380'000.- plus les frais d'avocat. Le médecin qui ne reconnaît le remboursement qu'à hauteur de 50'000.- porte l'affaire devant le Tribunal fédéral des assurances.

Droit : dans les premiers considérants de l'arrêt traité, le TFA donne quelques précisions concernant l'utilisation des méthodes de calcul pour juger du caractère économique des prestations fournies.

Cons. 6.1 : le TFA rappelle que les trois méthodes de calculs sont admissibles et qu'il ne revoit leur application qu'en vertu d'une violation du droit fédéral et qu'il est loisible à l'autorité d'arbitrage d'utiliser les méthodes analytique et statistique combinées. Celle-ci est par ailleurs libre de choisir la méthode qu'elle juge la plus adaptée. Le TFA ajoute que : « Si la préférence doit être donnée à la méthode statistique par rapport à la méthode analytique [...] il n'en demeure pas moins que l'emploi de la méthode analytique ou une combinaison des deux méthodes restent également licites et les tribunaux arbitraux sont libres de choisir la méthode d'examen. »¹⁰

Cons. 6.2 : lorsque la méthode statistique est employée, on ne saurait supposer qu'il y a polypragmasie dès que la valeur moyenne (100) est dépassée. Il faut tenir systématiquement compte d'une marge de tolérance. Selon la casuistique du TFA, le dépassement acceptable de la valeur moyenne se situe entre 20 et 30 points. Selon la jurisprudence, la marge de tolérance ne doit pas dépasser l'indice de 130, afin de ne pas vider la méthode statistique de son sens. Cependant il existe des cas qui justifient des coûts allant au-delà de ce seuil et au surplus, il faut alors y ajouter une majoration supplémentaire afin de tenir compte de particularités spécifiques du cabinet médical concerné. Le médecin peut alors alléguer, à charge de preuve de sa part, que son cabinet présente des particularités telles que le dépassement de la marge de tolérance est justifié.¹¹

Cons. 6.3 : la jurisprudence a admis qu'une clientèle composée d'un nombre de patients plus élevé que la moyenne, nécessitant souvent des soins médicaux ou consultant le praticien depuis de nombreuses années, pouvait être un facteur qui induit des coûts élevés.¹²

Le TFA établit une liste de facteurs qui peuvent induire un coût élevé :

- quantité élevée de patients nécessitant souvent des soins médicaux ;
- quantité élevée de visites à domicile loin de l'agglomération ;
- une grande part d'étrangers ;
- des patients majoritairement âgés, une patientèle très ancienne ou très récente.

⁹ Sous le régime de la LAMA la procédure de conciliation était obligatoire mais ne l'est plus sous l'empire de la LAMal. Cependant c'est une voie recommandée en pratique. Voir Iselin Edouard p.109 ss in « Polypragmasie et étendue de l'obligation de restitution au sens de l'art. 56 al.2 LAMal », SZS/RSAS – 50/2006.

¹⁰ Arrêt du TFA **K.148/04** du 2 décembre 2005.

¹¹ Pour plus de précisions sur les particularités de la pratique médicale, voir Junod Valérie, polypragmasie analyse d'une procédure controversée, in *cahiers genevois et romands de sécurité sociale N°40-2008*, pp. 148ss.

¹² RAMA 1993 n° K 908 p. 38 consid. 6a, 1986 n° K 654 p. 4 consid. 4c

Il rappelle qu'il est possible de compenser ces coûts élevés par une pratique plus économique. Les considérants suivants ont trait à la recevabilité des arguments avancés par le demandeur sous l'angle de la violation du droit fédéral, de la violation d'une règle de procédure ou de considérer les preuves d'une manière arbitraire.

Le TFA ne remet pas en question l'utilisation sous l'angle procédural de la méthode statistique qui se base sur les statistiques de santésuisse car elle n'est pas contraire au droit fédéral. L'argument selon lequel il faut tenir compte d'une marge de tolérance plus élevée pour un médecin généraliste n'est pas retenu. Le TFA examine ensuite sous l'angle matériel s'il y a violation du droit fédéral.

Le recourant allègue qu'il a des patients de longue date, des nouveaux patients à qui il doit consacrer plus de temps, qu'il a plus de maladies graves et chroniques à traiter que la moyenne. Cependant le recourant n'a pas pu démontrer que les cas étaient plus graves que la moyenne des autres cabinets, ni la nécessité de faire des traitements aussi fréquents. Le TFA conclut donc au rejet de ces arguments. En effet, le TFA considère que l'autorité inférieure n'a pas agi de manière contraire au droit fédéral, n'a pas commis d'erreur grave dans l'établissement des faits et n'a pas apprécié le seuil économique de façon arbitraire. Il n'y a donc pas besoin d'apporter un complément de preuve.

Cons. 7 : le TFA se penche sur l'étendue des prestations à rembourser et dit que l'obligation de restitution du médecin pour traitement non économique fondée sur l'art. 56 LAMal englobe également le remboursement des coûts découlant de traitements médicamenteux prescrits sur ordonnance. Dans cet arrêt, le TFA aborde pour la première fois la question du remboursement des **coûts indirects** c'est-à-dire les coûts qu'un médecin génère sans fournir directement une prestation médicale. Ce serait le cas par exemple d'un examen approfondi à faire chez un spécialiste. Le TFA considère que le texte de l'ancien art. 23 LAMA prenait en compte ces coûts indirects. Il en déduit alors que le texte de l'art. 56 LAMal n'est pas modifié de telle sorte que les coûts indirects ne seraient pas pris en compte. Le TFA fait référence à Maurer¹³, auteur selon lequel le principe d'économicité découle de l'art. 32 LAMal et qui peut être violé notamment lorsque des soins sont prodigués au delà du nécessaire avec des médecines trop coûteuses. Le devoir d'économicité s'étend sur différentes parties du traitement médical et trouve application pour toutes prestations qui découlent de la loi, notamment :

- **la prescription de médicaments**
- **les analyses**
- **les prescriptions d'autres fournisseurs de prestations selon l'art. 35 al.2 lit. e-g LAMal**

En définitive, l'examen d'économicité se fait donc comme sous l'ancien droit lorsqu'il s'agit de la méthode statistique. Ainsi, l'étendue du devoir de restitution du médecin en cas d'un comportement « polypragmasique » est très large puisqu'elle englobe des montants non perçus par le praticien.

VI. Remarques, critiques et risques liés à cette problématique :

Le contrôle effectué sur les fournisseurs de prestations a l'avantage d'exercer une pression permettant d'éviter certains abus ainsi qu'une augmentation des coûts de la santé par le biais de l'augmentation des primes d'assurance qui serait due au fait que des médecins prodiguent des soins trop coûteux.

Néanmoins, le principe de contrôle comporte plusieurs désavantages ainsi que des risques pour la profession médicale elle-même. Il convient alors d'apporter quelques critiques à cet arrêt :

1. **Le critère des étrangers** utilisé comme facteur pouvant induire des coûts élevés reste incertain. En effet, l'on comprend volontiers que certains étrangers peuvent poser des problèmes, tels que des requérants d'asile ou certains patients d'origine étrangère d'une culture très différente. Cependant le TFA ne devrait pas utiliser ce critère des étrangers de façon si générale, car il rend sa compréhension un peu floue.
2. Le TFA laisse libre l'autorité inférieure de choisir sa méthode de calcul pour déterminer dans quelle mesure un médecin est coûteux et cela pose un problème d'insécurité du droit. Il

¹³ Maurer Alfred, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/ Frankfurt am Main 1996, S. 204

semblerait plus adéquat que le TFA définisse une fois pour toute que la méthode statistique (c'est-à-dire celle qui est utilisée dans presque tous les cas de polypragmasie) est l'unique méthode applicable.

3. Le remboursement des **coûts indirects** est une question controversée et problématique puisqu'un médecin devra rembourser aux caisses maladies des prestations qu'il n'a pas fournies lui-même et surtout des montants qu'il n'a jamais touchés. Par exemple des médicaments ou des soins prodigués par d'autres institutions de soins. Ce système est donc très sévère puisqu'il pénalise financièrement le médecin en question sans qu'il ait touché le moindre centime ou le moindre avantage particulier. L'on peut néanmoins apporter une nuance à cela en soutenant que s'il fallait demander à chaque prestataire de soins ou fournisseur de prestation le remboursement en question, il faudrait faire des investigations pour retracer chaque débiteur ce qui s'avèrerait en pratique quasiment impossible. De plus, demander à une pharmacie de rembourser des sommes indues alors qu'elle n'a aucune possibilité de donner son avis sur la prescription d'une ordonnance faite par un médecin semblerait injuste.

Un auteur s'est prononcé sur la question du remboursement des coûts indirects et conclut qu'il n'existe, au regard des principes constitutionnels et des théories d'interprétation, aucune base légale suffisante pour réclamer de tels coûts à un médecin¹⁴. En effet selon lui, tant les 4 théories d'interprétation de la loi que d'autres normes fédérales (telles que l'art. 47 LAVS, 25 al. 1 LPGA, 41 et 97 CO) ne permettent pas de justifier un tel remboursement au vu de l'atteinte grave portée à la liberté économique (27 al.2 Cst féd.). Soutenu par la doctrine majoritaire¹⁵, il faudrait, selon lui, apporter une modification au texte légal actuel de l'art. 56 al. 2 LAMal et intégrer une « base légale formelle claire et précise pour un remboursement des coûts indirects »¹⁶ tant dans la LAMal que dans la LPGA. Ainsi, le principe constitutionnel de la légalité n'est pas respecté et l'on ne saurait déduire un droit au remboursement des coûts indirects au regard du texte actuel de l'art. 56 al. 2 phr. 2 LAMal. De plus, le Tribunal fédéral admettre qu'un médecin paie sous prétexte qu'il est moins difficile pour les caisses maladies de récupérer ces sommes directement auprès du médecin.

4. Si les procès se multiplient, la pratique des médecins peut tendre à une **diminution de la qualité des prestations**. En effet, des médecins risquent de prendre peur de menaces éventuelles des caisses maladies et, malgré un effet qui pourrait se répercuter sur l'ensemble des médecins (donc pas significatif au niveau des statistiques), pourraient prendre moins de temps pour expliquer les problèmes aux patients, ou hésiter à faire des examens approfondis dans le seul but de poser un diagnostic.
5. Cette crainte peut pousser les médecins à **refuser de traiter des patients à problèmes**, âgés ou souffrant de maladies graves en considérant qu'ils sont trop chers.
6. Ce système peut aboutir à des dérives telles qu'une lente **exclusion de certains médecins jugés non économiques**. Certaines caisses maladies, telles que Helsana, concluent des contrats bon marché avec les assurés (contrat appelés « médecin de famille » par exemple) et détiennent une liste de médecins avec lesquels elles souhaitent traiter, estimant que ceux-ci sont plus économiques que d'autres selon des critères internes qui ne tiennent aucunement compte de la qualité des soins prodigués par le médecin. Ce dernier, qui n'est pas sur la liste d'Helsana, ne se fera donc plus rembourser ses prestations. Il y a donc une « parade » ou en tout cas une alternative pour les caisses maladies qui leur permet de ne pas attaquer en justice un médecin (et éviter par conséquent un éventuel échec d'une procédure de polypragmasie), mais plutôt punir le médecin trop coûteux en lui diminuant au fur et à mesure sa clientèle. Cependant, il faut relever que cette pratique est plutôt exercée par des assurances complémentaires.

¹⁴ Iselin Edouard in « Polypragmasie et étendue de l'obligation de restitution au sens de l'art. 56 al.2 LAMal » SZS/RSAS – 50/2006 pp. 115-124

¹⁵ Pour l'avis de la doctrine minoritaire voir Maurer Alfred, Das neue Krankenversicherungsrecht, Bâle/Francfort-sur-le-main 1996, p. 53, let. f.

¹⁶ Iselin Edouard in « Polypragmasie et étendue de l'obligation de restitution au sens de l'art. 56 al.2 LAMal » SZS/RSAS – 50/2006 p. 121